

論查封優先權——澳門民法典第812條的啟示

李磊明*

澳門民法典中，第812條規定了因查封而生之優先權。此等優先權人具有優先於任何在查封前未有物權擔保之債權人受償之權利。而且如被執行人之財產已先被假扣押，則因查封而生之優先權，其效力即提前在假扣押日產生。該項制度極具特色，而且，對內地的法制建設而言，也頗有借鑒意見。因為查封債權人給予特別保護問題，不僅立法上尚未涉及，就學理討論看，有關研究成果也都比較少。筆者不憚簡陋，提出自己的看法。

一、關於查封債權人權利的學說

債權人是否因查封獲得優先權，學說上一向有兩種對立的觀點——優先主義與平均主義，而折衷於兩者之間的是群團優先主義或稱集團執行主義（集團執行主義）。¹優先主義係基於債權人努力行使其權利而應獎勵的法律思想。²我們知道，法院作出查封的裁定，在保全查封時，以債權人提出申請，提供擔保並提供待查封物的若干具體情況為基本條件。在執行查封中，也往往以申請執行人提供可供執行的財產（包括財產線索）為前提。為了尋找債務人可供保全或執行的財產，債權人無不從人力、財力上多有支出。有鑒於此，對此類最早申請查封的債權人確有提供特別保護的合理性。優先主義的基本內容正是對先申請的債權人，承認其對執行標的物有查封優先權。除澳門

* 澳門科技大學博士

1. 關於集團執行主義，請參見〔日〕我妻榮等編：《新法律學辭典》，董璠典譯，中國政法大學1991年版，第453頁以及駱永家：《民事法研究》（第二冊），國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，第170至第171頁，1995年。

2. 張登科：《強制執行法》，第231頁。自版，1996年印刷。

民法典外，因為眾所周知的原因，葡萄牙民法典以及曾經作為葡國仿效對象的德國也同樣採納優先主義。在德國，經查封動產或債權後，債權人於標的物上取得質權（Pfändungspfandrecht，§804 ZPO），優先於一般債權人而受清償。即使債務人破產，也不例外。³數債權人就同一標的物申請查封的，則依查封先後決定質權的優先次序。而查封不動產，則可為強制抵押權登記（強制抵押權Zwangshypothek，§867 ZPO），並依登記的先後決定優先權的次序。⁴在假扣押時則有假扣押抵押權（Arresthypothek § 932 ZPO）。

與大陸法系的德國不同，英國僅在強制執行程序上承認債權人按查封執行的時間先後而享有優先受償權，對查封的標的物並不賦予物權。⁵

平均主義係基於債權人平等的原則以及債權人共同分擔損失的法律思想。⁶平均主義否認查封產生優先受償的效力，並以參與分配為其標誌。平均主義為法國和我國臺灣地區等所採用。⁷依此主義，不問債權人申請的先後順序，均按其債權額的比率，從執行標的物或其變價金中平等地獲得分配。⁸

值得注意的是法國法的立法實踐。雖然民法典第2093條被認為屬於平均主義的產物，但法國法僅僅在動產上執行平等主義比較徹底，而對於債權的強制執行和不動產的強制執行，則並未完全適用該原

3. 按照《德國支付不能法》第50條第1款，“債權人對支付不能財團中的一個標的物享有意定質權、享有因扣押而取得的質權或享有法定質權的，對於主債權、利息和費用，其依第166條至第173條有權由該質權的物別除受償。”參見《德國支付不能法》（外國法典譯叢），杜景林、盧湛譯，法律出版社，第28頁，2002年。原德國破產法第48條，參見劉漢富譯《德國破產法》（1994年10月5日通過/1999年1月1日生效），載王保樹主編：《商事法論集》（第5卷）第48頁。

4. 關於這種強制抵押權問題的詳情，請參見〔德〕鮑爾、施蒂爾納：《德國物權法》（下冊），申衛星、王洪亮譯，法律出版社，第66頁注釋3，2006年版。

5. 常怡主編：《比較民事訴訟法》，中國政法大學出版社，第794頁，2002年。

6. 張登科：《強制執行法》，第299頁，自行出版，1996年印刷。

7. 1975年法律修正前採用。參見楊與齡編著：《強制執行法論 最新修正》，中國政法大學出版社，第21頁，2002年。

8. 駱永家：《民事法研究》（第二冊）第170至171頁，國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，1995年。

則。尤其是對不動產，法國法上有裁判上的抵押權制度（*hypothèque judiciaire*，民法典第2123條），這相當於德國訴訟法上的強制抵押權制度。⁹

群團優先主義為瑞士法所採用。依群團主義，以最初申請查封的債權人及在一定期間內（瑞士法原則上為查封後三十日內）參加到執行程序的其他債權人為第一群團，再以其後申請查封的債權人及於一定期內參加到執行程序的其他債權人為第二以下的群團。群團優先主義承認第一群團各債權人相對於第二群團有優先權，而在群團內部，各債權人則地位平等。¹⁰優先主義與平均主義各有其長，一方的長處正是另一方的短處。一方面優先主義側重照顧最初申請債權人的利益，卻以犧牲債權人平等的原則為代價。“並且在程序上形成其他債權人重複申請，多次分配的拖累現象”。¹¹

另一方面，因平均主義不能激勵債權人及時行使自己的權利，因此形成另一種類型的程序拖拉，並相應地出現了另一種形式的不平等，即先申請保全或執行者雖然為此比其他債權人付出更多的費用和精力，卻沒有得到比其他債權人更多的實際利益。

至於群團優先主義，純係走中庸之道，實際運行上也甚為不便。第一群團與第二群團間，期間長短也難確定。如期間太長，因大部分債權人可能於第一群團內均已參加分配，其結果則與平均主義無異。反之，則無異於優先主義。¹²

二、內地法上的查封效果分析之一 —— 法律上無優先權

內地《民事訴訟法》沒有規定申請查封的債權人取得優先權。但按照法釋〔1998〕15號司法解釋¹³第88條第1款，多份生效法律文書確

9. 關於法國法這方面的更進一步的論述，請參閱《法國民法典（下冊）》，羅結珍譯，法律出版社，第1538頁，2005年（第二節 裁判上的抵押權）中的解釋。

10. 駱永家：《民事法研究》（第二冊）第170至第171頁，國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯，1995年。

11. 馬原等：《〈民事訴訟法適用意見〉釋疑》，中國檢察出版社，第198頁，1994年。

12. 張登科：《強制執行法》，自行出版，第233頁，1996年印刷。

13. 即1998年的最高人民法院《關於人民法院執行工作若干問題的規定（試行）》。

定金錢給付內容的多個債權人分別對同一被執行人申請執行，各債權人對執行標的物均無擔保物權的，按照執行法院採取執行措施的先後順序受償。關於前述司法解釋是否賦予查封債務人以優先權，解釋上一直有爭論。一種觀點認為上述規定表明申請查封的債權人有優先受償權。¹⁴而另一種觀點則認為我國現行立法採平等原則，並未賦予債權人優先權。¹⁵

筆者認為，內地現行法上並無規定最先申請查封的債權人有優先受償權。因為從立法層面看，強制執行旨在保護個別債權人的利益，所以貫徹效率優先原則。所謂查封產生之優先效果，即“按照執行法院採取執行措施的先後順序受償”也就只是程序法意義上的，屬於程序性權利。此點於澳門民法典第812條構成根本性的差別。

查封產生的這一優先效果受到參與分配和破產制度的制約，查封不可能產生實體法意義上的優先權。按照法釋〔1998〕15號司法解釋第96條，被執行人為企業法人，未經清理或清算而撤銷、註銷或歇業，其財產不足以清償全部債務的，應當參照本規定90條至95條的規定，對各債權人的債權按比例清償。第89條還規定，被執行人為企業法人，其財產不足清償全部債務的，可告知當事人依法申請被執行人破產。最高法院法發〔1992〕22號司法解釋¹⁶第276條也規定，執行中，具有企業法人資格的被執行人不能清償到期債務，根據債權人或者債務人申請，人民法院可以依法宣告被執行人破產。最高法院法複〔1993〕9號司法解釋¹⁷則更明確地指出，根據《企業破產法》（試行）關於“人民法院受理破產案件後，對債務人財產的其他民事執行程序均應中止”的規定，以破產案件的債務人為被執行人的執行案

14. 由最高法院組織進行的一項民事訴訟法調研，其調研報告指出：“查封行為的實施具有創設優先權的效力”。見李國光主編：《民事訴訟程序改革報告》，法律出版社，第366頁，2003年。

15. 常怡、崔婕：《民事強制執行立法研究》，載田平安主編《民事訴訟程序改革熱點問題研究》中國檢察出版社，第515頁，2001年。江偉主編：《中國民事訴訟法專論》，中國政法大學出版社，第293頁，1998年。

16. 《關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉若干問題的意見》。

17. 《關於人民法院受理破產案件後對以破產案件的債務人為被執行人的執行案件均應中止執行的批復》，載最高人民法院研究室編：《司法手冊》（第十輯），人民法院出版社，第580頁，1995年。

件，執行法院雖對該債務人的財產已決定採取或者已經採取了凍結、扣留、查封或扣押等財產保全措施或者執行措施的，仍屬於未執行財產，均應當依法中止執行。執行程序中止後，該執行案件的債權人，可憑生效的法律文書向受理破產案件的法院申報債權。如果受理破產案件的法院裁定宣告債務人（被執行人）破產，被中止執行的財產應當作為破產財產；如果破產案件審理終結，債務人不被宣告破產，被中止的執行程序可恢復進行。最高法院法釋〔2002〕23號司法解釋¹⁸第三十六條，破產宣告後，破產企業的財產在其他民事訴訟程序中被查封、扣押、凍結的，受理破產案件的法院應當立即通知採取查封、扣押、凍結措施的法院予以解除，並向受理破產案件的法院辦理移交手續；第六十八條規定，債務人的財產被採取民事訴訟執行措施的，在受理破產案件後尚未執行的或者未執行完畢的剩餘部分，在該企業被宣告破產後列入破產財產。結合上述司法解釋，顯然，採取執行措施的先後順序與受償順序並非同一概念，兩者不應等同視之。因為當被執行人的財產不足以清償全部債務時，申請查封債權人的受償順序將與嗣後查封的債權人或未採取查封措施的債權人處於同一順位。因此，司法實踐中人們一般認為，現行法上的查封僅具有使申請查封的債權人取得有限優先權或相對優先權的效果。所謂有限或相對，指的是優先權的存續時間有一定限制，即優先權的行使以個別執行的存續為限。當就債務人的全部財產為概括執行時（包括破產和參與分配發生時），優先受償權歸於消滅。¹⁹

顯然，這種優先權徒有其名，在權利性質上，無法與澳門法上的查封優先權以及德國法上的查封質權相提並論。在德國法上，享有查封質權的債權人，在債務人破產後，有權就質物別除而受清償。²⁰而中國內地的查封優先權，是債務人的財產足以清償全部債務時，為維

18. 即最高人民法院《關於審理企業破產案件若干問題的規定》。

19. 關於查封取得有限優先權，最高法院執行辦黃金龍法官、北京市高級法院劉文濤法官等人持此觀點。參見黃金龍：《制定民事強制執行法的指導思想和主要內容》，載《人民司法》2001年第9期以及劉文濤：《判決優先權問題的研究》，載沈德詠主編：《強制執行法起草與論證》（第一冊），中國法制出版社，2002年。關於相對優先權，請參閱拙文《論查封的法律效力》，載《中外法學》1998年第1期。

20. § 50 InsO - Abgesonderte Befriedigung der Pfandgläubiger

護執法秩序所作的一種安排，其本意僅是先採取查封措施的法院具有處理被查封財產的許可權。²¹顯然，對當事人而言，查封不可能有創設實體性權利的效力（本文所指的是擔保物權意義上的優先權），因而所謂的優先權也就不可能具有實體性權利上的排他性特徵。

三、現行法上的查封效果分析之二——事實上享有優先權

我國立法雖未賦予申請查封的債權人以優先權受償的權利，但因各法律制度間的協調性較差等原因，申請查封債權人常常事實上又享有優先權。

（一）參與分配的適用範圍有限

企業法人參與分配參照法釋〔1998〕15號司法解釋第90條執行。按照該規定，被執行人的全部或主要財產已被一個法院因執行確定金錢給付的生效法律文書而查封、扣押或凍結，無其他財產可供執行或其他財產不足清償全部債務的，在被執行人的財產被執行完畢前，對該被執行人已經取得金錢債權執行依據的其他債權人可以申請對該被執行人的財產參與分配。從參與分配的法律構成看，參與分配的適用範圍非常有限。

首先，參與分配僅限於企業法人未經清理或清算而撤銷、註銷或歇業，不具備這一條件，其財產又不足以清償全部債務的，參與分配程序實際上並不能有效地發動。而且甚麼是未經清理或清算而撤銷？甚麼是歇業？也常有疑問。

其次，參與分配僅限於對該被執行人已經取得金錢債權執行依據的其他債權人。關於執行依據，因內地《民事訴訟法》第201條的措辭是“發生法律效力的”，因此，學者們沒有使用大陸法系各國經常採

21. 參見李仕春博士專著：《民事保全程序研究》，中國法制出版社，第240頁，2005年。

用的終局執行名義的提法，而是將執行依據定義為“當事人據以申請執行和法院據以採取執行措施的生效法律文書”。²²與《適用民事訴訟法意見》第297條相比，法釋〔1998〕15號司法解釋第90條“縮小了可申請參與分配的債權人的範圍”，排除了“已經起訴的債權人”申請參與分配的權利。²³

第三，執行迅速是各國強制執行法律的重要原則。強制執行法不可能為了追求公平分配而無限拖延執行過程。²⁴中國也不例外，申請參與分配必須在被執行人的財產被執行完畢前提出。最高法院法發〔1992〕22號司法解釋第298條第2款則解釋為“被執行人的財產被清償前提出”。由於規定了參與分配的截止期限，這實際上等於賦予在該期限前參與分配的債權人以優先權。

第四，就申請參與分配截止期的判斷標準，所謂“執行完畢”或者“被執行人的財產被清償”，其內涵和外延均不明確。²⁵長期以來，司法實踐中這一問題爭議很多。²⁶需要最高法院頻繁地協調，直至專門出臺司法解釋。²⁷

第五，參與分配程序的發動以債權人申請為限。但由於法院案件資訊不公開，執行財產的處置情況、其他債權人的債權情況等重要資

22. 李浩主編：《強制執行法》，廈門大學出版社，第184頁，2004年。

23. 參閱最高法院黃金龍法官著作：《〈關於人民法院執行工作若干問題的規定（試行）〉》實用解析，中國法制出版社，第286頁，2000年。

24. 譚兵主編：《外國民事訴訟制度研究》，法律出版社，第446頁，2003年。

25. 關於參與分配申請期間的終期，大陸法系的義大利、日本等國規定較為明確，實踐中易於判斷。義大利《民事訴訟法典》第563條規定“在為批准清償而確定的第一次庭審之前”。日本《民事訴訟法》第49條規定由執行法院“在考慮製作財產清償方案所需時間的基礎上，決定提出分配要求的終期”。

26. 參見吳合振法官主編的《企業破產清算》，人民法院出版社，第268頁，2002年。

27. 最高人民法院《關於山西省太原市中级人民法院執行深圳市羅湖對外經濟發展公司房產問題的復函》（1996年5月26日法函〔1996〕89號）、最高人民法院《關於新疆石河子地區中級人民法院裁定轉移給石河子八一棉紡織廠的財產不應列入承德市針織二廠破產財產問題的復函》（〔1997〕經他字第23號）、最高人民法院《關於破產案件受理之前已被執行的債務人銀行存款不應列入破產財產問題的復函》（1998年8月19日）、最高人民法院與國土資源部、建設部聯合下發的《規範人民法院執行和國土資源房地產管理部門協助執行若干問題的通知》第27條。

訊在執行過程中，相對於非本案關係人均是不公開的。債權人在不能正常獲得資訊的情況下，很容易錯過申請的時機。²⁸

第六，就“不足清償全部債務”的認定標準而言，審判實踐中也有疑問。楊立新先生提出的是資不抵債說，即在扣除被執行人可供執行的財產後，被執行人的全部財產總額小於債務總額。而且再也沒有其他任何財產。而實務部門人士則主張所謂“主觀標準”說。“主觀標準”，即法院只需審查申請參與分配人提供的被執行人不能清償其債務的表面證據，如債權人向有關法院申請執行後是否通過對執行人的其他財產獲得清償，在債權人的請求履行下，債務人對於到期債務，是否有持續的不能清償的客觀狀態，債務人是否明示或默示其不能償還債務，是否有相反證據證明債務人能夠清償到期債務等。因審查標準的差異，不同法院之間、甚至同一法院不同法官之間，對本要件的把握存在極大差異。從而影響參與分配程序的成功發動。

（二）破產申請難以被管轄法院受理

對破產而言，由於受理條件非常苛刻，而且許多條件與債務人的財產狀況並無關係²⁹，因此，破產申請無法受理成為常見的現象。

上述情況表明，有的案件既不符合參與分配的條件，也不符合破產受理的條件。這樣一來，參與分配也好，破產也好，均無法有效阻止先申請採取查封措施者先行接受清償。先行申請查封的債權人事實上能夠優先受償。這一立法者始料不及的問題還成為實踐中頻繁出現搶先查封事件的內在動因之一。

四、關於立法方面的啟示

內地現行法未規定債權人因查封獲得優先權，筆者認為這種狀況應當改進。應明定在一定條件下，債權人因查封獲得優先權。

28. 羅魏斌：《論我國現行執行分配制度的局限性以及法院依職權啟動執行分配的現實意義》，下載自珠海市香洲區人民法院網站。

29. 例如職工安置方案是否落實，是否存在非法集資未處理等情況。某省高級法院甚至發文要求破產債權額和職工人數達到一定標準的申請需報請上級法院審批。

（一）賦予申請查封債權人以優先權的實益

1. 在更高層次上實現社會公平

只要債務人的企業主體資格存續一天，其經營活動或其他為民事行為，將隨時造成責任財產的減損。對先申請查封債權人而言，因為強制執行制度本身的局限性以及審判管理水準不高等原因，不賦予優先權的話，先申請查封者的利益常易受損。例如財產變現過程的制約。申請查封時，本來債務人的財產還足夠清償全部債務，但財產變現過程拖了很長時間，債務人財產狀況惡化，導致先申請查封的債權人被迫與後來的債權人按比例接受清償。又比如執行和解制度的制約，也蘊含類似風險。導致債權人好心無好報。

因此，參與分配並未真正實現社會公平，而賦予優先權則在更高層次上實現社會公平。這既是優先主義的正當性所在，也是賦予債權人以實體法上優先權地位的客觀基礎。

2. 是否賦予優先權與造假案無關

賦予查封債權人以優先權的一個疑慮是助長造假案，導致執行秩序以致於社會秩序混亂。³⁰筆者認為從審判實踐反映的情況看，無論採優先主義，還是平等主義（參與分配），都可能出現此類問題。正如有業界同仁正確闡述過的那樣，參與分配制度“在一定程度上助長了地方保護主義和債權人與債務人互相勾結損害其他債權人合法權益之風，容易導致債權人偽造債權或者執行依據，以假債權、假法律文書分配被執行人的財產，或者是假債權人通過參與分配幫助被執行人轉移財產。”³¹顯然，是否造假案與是否賦予查封債權人優先權無內在聯繫。

（二）各國立法實踐表明，優先主義是世界上主要發達國家和地區的共同選擇，這在相當程度上反映出這一制度安排的合理性以及各

30. 南京市江甯區法院陶建榮法官反映審判實踐中出現過這樣的問題。參見陶建榮：《凍結和扣押優先權探析》，載《江蘇法制報》2003年7月17日（網路版）。

31. 何裕剛、李祖豔：《論民事執行中的參與分配制度》，載廣州市黃埔區人民法院網站。

國處理類似問題的規律性。有關各國立法實踐的情況在本文第一部分已作討論，此處不再贅述。

（三）賦予申請查封債權人以優先權不違反債權人平等原則

參與分配以立法上不承認查封債權人的優先權為基本前提。但是，參與分配的法律基礎究竟是甚麼，這一基礎是否穩固，卻有待研究。據學者歸納，參與分配制度的實體法基礎是債的共同擔保原則（法國法上稱為一般擔保權利 *droit de gage général*，參見澳門民法典第五章債之一般擔保，第599條以下），即債務人的財產是全體債權人所有債權的共同擔保。所以，債權人對債務人的財產請求民事執行時，其他債權人可以對債務人的同一財產請求執行或者與請求執行的債權人平均受償，以享受法律的平等保護。³²正是在這一意義上反對優先主義者認為，賦予申請查封債權人以優先權有違債權人平等原則。³³

筆者認為，上述觀點恐怕與人們對甚麼是債權人平等原則以及該原則與建立物權關係的聯繫，存在誤解有關。關於債權的相對性及債權平等原則，按照王澤鑒先生的理解，是指特定債權人得向特定債務人請求給付的法律關係，這種法律關係與物權所具得對抗一般不特定人的絕對性不同。而債權平等原則，是指債權無排他的效力，因此數個債權，不論其發生先後，均以同等地位並存。³⁴債權人平等原則的本意當指沒有物權關係時各債權平等，而不是說某項債權成立之時或成立之後不可以通過設定（擔保）物權等手段使債的效力得以補充和加強。按照債的擔保理論，債的擔保關係一旦建立，特定的債權人即可從債務人特定財產價值中優先於其他債權人受償³⁵，稱為所謂“特定財產責任”，從而排除債權平等原則的適用。

32. 齊樹潔主編：《破產法研究》，廈門大學出版社，第115頁，2004年。

33. 顏運秋、呂翔玲：《論民事執行程序中的參與分配原則》，載《河北法學》2000年第5期。

34. 王澤鑒：《債法原理》，中國政法大學出版社，第12頁至第13頁，2003年。

35. 王利明主編：《民法》，中國人民大學出版社，第436頁，2005年。

考慮查封優先權的性質類似於擔保物權，我們再就設定擔保物權的條件進行探討。學理上以擔保物權發生的原因為標準，擔保物權可以分為法定擔保物權和意定擔保物權。法定擔保物權是指具備法律規定的條件或者原因而當然發生的擔保物權。意定擔保物權是指依照當事人設定擔保物權的合意而發生的擔保物權。³⁶從意定擔保關係看，影響其成立的事由與本文有關者只是《破產法》第三十一條，即在破產臨界期（法院受理破產申請前一年內），對原來沒有財產擔保的債務提供財產擔保。而且為保障交易安全，這種妨礙擔保關係設定的情形還限僅於“對原來沒有財產擔保的債務提供財產擔保”。從對意定擔保關係的分析可知，擔保物權究竟依甚麼原因發生與是否違反債權人平等原則並無聯繫。因此，可以有把握地認為擔保物權的發生原因不是從立法上直接規定查封債權人以優先權的障礙。

最後，從債務人對一般財產的處分權角度考察，我們也可清楚地看到，於當事人自願清償的場合，沒有人會認為違反債權平等原則，先受清償者無效。因為，債務人的責任財產雖為全體債權人的總擔保，但這種擔保並非專為特定債權人而設，因此也不會對債務人的處分權構成影響。

（四）取得查封優先權的條件

1. 破產臨界期不得成立查封優先權

上文我們討論了通過設立物權以保障債權實現，與債權平等主義並不矛盾。關鍵是要把握好物權設立的時間。按照《破產法》第31條第3項，在破產臨界期內，不得對原來沒有財產擔保的債務提供財產擔保。而成立擔保物權的原因與此無關，故破產臨界期內，亦不得成立與擔保物權性質和功能類似的查封優先權。這是維護社會公平正義的一項重要制度保障。

可能有人會認為查封是公法行為，不應與債務人自願清償的處分混為一談。但筆者認為，民事執行上的查封，係應債權人請求而為，

36. 梁慧星主編：《中國物權法研究》，法律出版社，第807頁，1998年。

是債權人實行其債權的方法。雖然被認為是公法行為，但查封是為保護私權，此點並無疑問。因此，在破產臨界期，查封及其後續的強制執行措施引起對債務人財產的處分與債務人自願清償引起的處分，應作同樣的要求。不然的話，任何債權人（尤其是債務人的關聯企業或其他先行瞭解債務人財產狀況惡化的債權人）均可以申請查封，以強制執行的方式，規避《破產法》第31條的要求。

從比較法角度看，有關通過強制執行實現私權可能引起的利益失衡問題，德國法早就加以規範。德國民法典第161條第1款、第184條第2款、第353條第2款、第499條以及第883條第2款均提到“以強制執行或者假扣押的方法，或者由破產管理人進行的處分，在法律效力上視同意定處分。值得我國立法時借鑒。

2. 制度配套問題

規定破產臨界期不得成立查封優先權，可能產生的問題是，所謂破產臨界期是事後才可以界定的期間，當強制執行完畢時，就涉及是否需要執行回轉的問題？若答案是肯定的，那麼司法公信力，司法權威將受到極大損害。若答案是否定的，則別有用心者，將利用這一制度，搶先查封，搶先執行，一旦執行完畢，所謂破產臨界期不得成立優先權的制度功能將完全失去作用。

筆者認為，要解決上述問題，需要採取措施防止在破產臨界期出現查封及執行完畢的情況。而具體措施，一是健全破產制度，確保符合條件的申請能夠立案，通過及時受理破產申請來阻卻執行；二是改造強制執行制度，建立執行緩衝期。對處於破產申請審查期的，應中止執行；三是為防止對緩衝期的濫用，應嚴格執行關於破產申請審查期間的規定。³⁷第四，對不服破產受理決定的債權人（尤其是可能獲得查封優先權的債權人），要提供必要救濟，例如准其就此提起上訴。

37. 《破產法》（2006年）第十條規定，人民法院應當自收到破產申請之日起十五日內裁定是否受理。對債權提出異議的，應當自異議期滿之日起十日內裁定是否受理。有特殊情况需要延長前兩款規定的裁定受理期限的，經上一級人民法院批准，可以延長十五日。

（五）查封優先權成立的時間

按照物權法關於物權變動的法理，依非法律行為發生的物權變動，與依法律行為引起的物權變動實行不同的規則。前者不以登記為要件，而以法律規定的事實條件的成就而直接發生效力。³⁸法院裁判是典型的非依法律行為導致物權變動的情形，物權變動從裁判發生法律效力時起算。我國法律過去對此沒有作出規定³⁹，但是司法解釋認可此原則。例如，最高法院早在1996年《關於山西省太原市中级人民法院執行深圳市羅湖對外經濟發展公司房產問題的復函》（1996年5月26日 法函〔1996〕89號）中就認定：深圳市羅湖對外經濟發展公司以物抵債給山西省物資貿易中心的廠房，在未經過戶登記前所有權即發生轉移。2004年最高法院在與國土資源部、建設部共同發佈的《關於依法規範人民法院執行和國土資源房地產管理部門協助執行若干問題的通知》（法發〔2004〕5號）第二十七條中再次指出，法院製作的土地使用權、房屋所有權轉移裁定送達權利受讓人時即發生法律效力，人民法院應當明確告知權利受讓人及時到國土資源、房地產管理部門申請土地、房屋權屬變更、轉移登記。國土資源、房地產管理部門依據生效法律文書進行權屬登記時，當事人的土地、房屋權利應當追溯到相關法律文書生效之時。

但是對查封裁定而言，實踐中遇到的問題的是，在多家法院先後採取措施的情況下，究竟應如何判斷誰最先查封。考慮地方保護主義的消極影響，我國存在各地法院爭搶查封的問題，最高法院在法釋〔2004〕15號司法解釋中明確要求查封以登記為準。未經登記者，不得對抗其他法院的查封。⁴⁰事實上，除了查封外，終局執行也面臨同樣的問題。如此一來，關於強制執行引起的物權變動就出現不同的

38. 孫憲忠：《物權法基本範疇及主要制度的反思》（下），載《中國法學》1999年第6期以及肖厚國博士的專著《物權變動研究》，法律出版社，第22頁，2002年。

39. 可喜的是，物權法第二十八條至第三十條中已經就此問題作出規定。

40. 參見最高人民法院《關於人民法院民事執行中查封、扣押、凍結財產的規定》（法釋〔2004〕15號）第九條第二款，查封、扣押、凍結已登記的不動產、特定動產及其他財產權，應當通知有關登記機關辦理登記手續。未辦理登記手續的，不得對抗其他已經辦理了登記手續的查封、扣押、凍結行為。

規則，如果就此問題立法，司法實踐中的現行做法是否適當，值得研究。

筆者認為，目前司法解釋的要求是典型的以公示為準的方案。這一方案有效地解決了以法院裁判發生法律效力為準，易被人利用為地方保護主義服務以及為“權利尋租”提供土壤的問題。但是目前雙軌制的現狀（即“同是強制執行，而引起物權變動卻適用不同規則”），的確不理想，故應對現行司法解釋的方案進行改造。改造的基本思路是，就查封事項，不再由法院通知登記機關，而讓當事人自己申請登記，以登記輔助解決前述爭議。進行上述改造的優點是，當事人取得的優先權是否有對抗效力取決於當事人自己的行為，對立的利益方不是各實施查封的法院，而是各申請查封的債權人。避免現行做法上認定法院的執法行為不具有對抗效力，從而影響司法權威的弊端。

由於目前登記的事項僅限於不動產和少數動產，對於不適於登記的動產，應在就登記問題專門立法時予以配合。具體方案，可借鑒澳門登記法典，由當事人申請將查封裁定所載明的事項進行登記。這樣處理後，法院裁定的內容就成為登記的事項，而不是直接導致物權變動。

另外一個附帶的好處是，可以有效減少因地方保護主義導致的爭管轄的誘因。可以設想的是，一旦由當事人申請登記，當事人為便於訴訟，在可能的情況下，將選擇財產所在地法院訴訟。地方保護主義的一個特徵是強行對不適宜強制執行的財產採取強制執行措施。如果由當事人申請登記，也可以避免目前實踐中，查封法院強制登記機關對不適宜處分的財產採取強制執行措施，干預行政權的問題。

（六）查封優先權的立法體例

關於立法體例，即使在具有典型大陸法系傳統的法域，也有所不同。

德國是通過其聯邦民事訴訟法典第八篇，即強制執行篇作出規定。而且區分動產和不動產分別予以規範。就動產而言，德國民事訴訟法典第804條規定，扣押後，債權人在扣押物上取得質權。在於其他債權人的關係上，扣押質權使債權人得到與因契約取得動產質權時

同樣的權利；破產時，扣押質權優先於不視為動產質權的質權與優先權。而就不動產，德國民事訴訟法典第866條至868條規定債權人因就不動產扣押而取得強制抵押權。除此之外，德國破產法（支付不能法）也作出銜接性的規定。按照德國破產法第50條，在執行程序中如果債務人破產的話，查封債權人有權行使別除權。而澳門是在民法典這樣的實體法中加以規範。

關於立法體例的建議，一方面，可借鑒澳門民法典第812條，對查封優先權在實體法上的地位概括地予以認可。另一方面，考慮到在民事訴訟法外正另行起草強制執行法，作為程序法中寫入實體法的內容，按照大陸法系國家的立法經驗（例如德國民事訴訟法典）⁴¹，也是可以接受的。這樣，可在強制執行法、破產法中就有關具操作性的內容作出較為細緻的規定。

41. 參見〔德〕鮑爾、施蒂爾納：《德國物權法》（上冊），張雙根譯，法律出版社，第15頁，2004年，（“如德國民訴法第868條規定，基於強制執行名義而產生的強制抵押權。”）。